

cède ses biens, ou partie de ses biens, à l'un des époux pendant le mariage, à la charge de payer les dettes que le donateur a envers des étrangers (1). Bien qu'une telle donation soit une donation onéreuse, néanmoins elle est réputée anticipation de succession. Le père fait d'avance succéder son fils à son héritage, aux mêmes conditions qu'il y aurait succédé après sa mort; car il n'aurait pu succéder qu'à la charge de payer les dettes.

630. Observons que dans tous les cas prévus par l'art. 1406, l'immeuble n'est propre que sous l'obligation de récompenser la communauté, s'il y a lieu (2).

631. Enfin, on remarquera que l'art. 1406 n'est fait que pour les cas d'avancement d'hoirie, et autres que le même article met sur la même ligne; que dès lors il ne s'applique pas aux situations dans lesquelles l'avancement d'hoirie n'est pas possible. L'art. 1406 est donc étranger à toutes les cessions onéreuses qui ne se font pas d'ascendant à descendant. En effet, ce sont seulement les cessions de l'ascendant au descendant qui ont le caractère du titre successif; car « *non tam ex meritis, quam ex jure naturæ, factæ videntur.* » C'est d'elles seulement qu'on peut dire que la donation acquitte une dette

(1) Pothier, n° 139,
Et sur Orléans, *Introd. générale*, n° 68.

(2) Pothier, *loc. cit.*

naturelle envers ceux qui, à raison de la filiation, sont *quasi domini*. Quant aux dations en paiement faites par d'autres parents, elles ne procurent que des acquêts; il en est de même de leurs abandonnements faits à charge de payer les dettes. Ces actes sont des transactions ordinaires, qui ne puisent dans aucune disposition exceptionnelle, ni dans aucune raison particulière, une situation de faveur: ils resteront donc actes à titre onéreux toutes les fois qu'ils auront en réalité ce caractère. Ils ne seront envisagés comme donations qu'autant que, d'après les faits, ils renfermeront de véritables libéralités ou des avantages incontestables.

ARTICLE 1407.

L'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des deux époux, n'entre point en communauté, et est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné, sauf la récompense s'il y a soulte.

SOMMAIRE.

632. Continuation de l'énumération des propres. De l'immeuble acquis pendant le mariage en échange d'un propre. L'échange opère subrogation.
633. Cette subrogation a lieu de plein droit.
Différence entre l'immeuble acquis par échange et l'immeuble acheté avec le prix d'un propre sans déclaration de subrogation.
Erreur de Voet et de M. Merlin, qui n'ont pas aperçu cette différence.

654. Preuve donnée pour la justifier.
 655. De la soulte donnée au mari propriétaire du propre échangé, pour parfaire l'échange.
 656. De la soulte reçue par lui.
 657. Suite.
 658. Du meuble acquis en échange d'un immeuble propre. Ce meuble est-il propre? Renvoi à l'article 1453.
 659. Si la femme peut consentir que l'immeuble échangé ne lui soit pas propre, sauf indemnité pour emploi du propre aliéné.

COMMENTAIRE.

652. Nous allons continuer à nous occuper de l'énumération des propres, et nous voici arrivé avec l'art. 1407 à l'immeuble acquis par voie d'échange d'un immeuble propre.

En matière de communauté, l'échange opère une subrogation de chose. « *Ex permutatione, dit d'Argentré, non fieri acquistum, sed rem quæ ex permutatione capitur, per subrogationem ingredi et subire naturam rei datæ* (1). » C'est ce que décidait la coutume de Paris (2), dont la disposition avait été trouvée si sage qu'elle formait le droit commun dans les coutumes

- (1) Sur Bretagne, art. 418, glose 2, n° 1.
 Pothier, n° 197.
 M. Tessier, n° 44, et *Société*, n° 50.
 (2) Art. 145,
 Et Delaurière sur cet article.

muettes (1). D'autres coutumes avaient également consacré d'une manière expresse le caractère subrogatoire de l'échange (2), et notre droit coutumier ne présentait là-dessus aucune ambiguïté (3).

653. Et notez bien que cette subrogation avait lieu de plein droit. C'est en quoi notre ancien droit différait des principes du droit romain, d'après lequel on ne faisait pas de différence entre l'immeuble acquis par vente et l'immeuble acquis par échange (4). M. Merlin (5), et plus anciennement Voet (6), ont pensé que notre droit coutumier avait obéi à des erreurs de pratique; ils veulent que, dans la pureté des principes, l'échange ne fasse que des acquêts, à moins que les parties ne déclarent expressément vouloir opérer une subrogation. Ils ne comprennent pas qu'on mette une différence entre l'immeuble échangé contre un propre, et l'immeuble acheté sans déclaration de subrogation avec des deniers provenant de la vente d'un propre. Quoi! disent-ils, le premier immeuble sera propre, et le second sera con-

(1) Renusson, *des Propres*, chap. 1, sect. 10, n° 4.

(2) Bourbonnais, art. 238,

Et autres citées par Merlin, Rép., v° *Subrogation*, sect. 2, § 2.

(3) Lebrun, liv. 1, chap. 5, dest. 3, n° 8, p. 108, 109; et p. 292, n° 3.

(4) Voet, *De pactis dotalib.*, n° 55.

(5) Répert., v° *Subrogation*, sect. 2, § 2.

(6) *Loc. cit.*

quet ! Comment peut-on raisonnablement expliquer cette double situation ? Et si la déclaration des parties est nécessaire dans le second cas pour qu'il y ait remploi, pourquoi donc ne l'exige-t-on pas dans le premier pour qu'il y ait subrogation ?

654. Nous pensons, pour notre compte, que le Code civil a bien fait de se ranger à la jurisprudence coutumière. Il est évident que le but de celui qui échange n'est pas d'aliéner, mais d'opérer un remplacement. Le fait même signale hautement la volonté du propriétaire, volonté implicite sans doute, mais éclatante et trop positive pour avoir besoin d'être exprimée. Si une déclaration est exigée alors que l'immeuble propre étant vendu, on en achète un autre avec les deniers en provenant, c'est parce qu'il faut qu'on soit bien sûr que c'est cet immeuble acheté, et non pas un autre qu'on pourrait acheter plus tard, qui prend la place de l'immeuble aliéné ; c'est parce qu'il fallait éviter des fraudes faciles à pratiquer pendant le passage des deniers dans la communauté (1). Ici, rien de pareil n'est nécessaire, rien de pareil n'est à craindre. C'est un corps immobilier qui prend la place d'un corps immobilier. La subrogation s'opère naturellement, d'elle-même, par la force des choses, par le fait même de l'échange.

(1) V. ce que je dis art. 1454, 1455, n° 1108 et suiv., et surtout 1115.

Le fait exprime la volonté dont il émane, avec autant de certitude que si cette volonté était déclarée.

655. Si l'échange est fait avec une soulte payée au mari, comme propriétaire du propre, il lui en est dû récompense (1). La soulte en deniers ne doit pas se perdre dans la communauté.

656. Si, au contraire, c'est le mari qui paye une soulte, parce que l'héritage qu'il reçoit est plus considérable que celui qu'il a donné, il devra récompense pour cette soulte à la communauté ; car elle a été payée avec les deniers de la communauté (2). Du reste, l'héritage reçu n'est pas conquis à proportion de ce qu'il excède le propre aliéné. Il est propre pour le tout. C'est ce qu'enseignaient très-bien d'Argentré (3), Renusson (4) et Pothier (5), et c'est là une règle dont on ne saurait s'écarter aujourd'hui.

657. Cependant, si l'héritage propre donné en échange était extrêmement inférieur à l'héritage reçu, et que la soulte payée avec les deniers de la communauté fût, par conséquent, très-forte, on pour-

(1) Lebrun, *loc. cit.*

(2) *Id.*

(3) Sur Bretagne, art. 428, glose 2, n° 1 et 3.

(4) *Des propres*, chap. 1, sect. 10, n° 9.

(5) N° 197.

rait examiner, d'après les circonstances, s'il n'y aurait pas une vente cachée sous couleur d'échange (1), et dans ce cas, on considérerait l'héritage comme acquêt jusqu'à concurrence de la somme déboursée (2).

658. Notre article ne parle que de l'immeuble propre, échangé contre un autre immeuble. On demande si la disposition qu'il renferme doit être étendue au meuble acquis en échange d'un immeuble propre. Supposons que l'un des époux échange un immeuble propre contre un tableau précieux ou un riche diamant : ce tableau ou ce diamant seront-ils propres ? ou bien seront-ils conquêts ? D'après ce que nous avons dit au n° 443, nous pensons qu'il faut tenir ce meuble pour un propre. L'art. 1433 du Code civil conduit naturellement à ce résultat. Si l'article que nous commentons, ne parle que de l'immeuble échangé, c'est parce qu'il fait suite à un ordre d'idées commencé à l'art. 1404 et n'ayant en vue que les immeubles. Mais il n'exclut pas le prin-

(1) Lebrun, *loc. cit.*

Pothier, n° 197.

Valin sur la Rochelle, t. 2, p. 713.

(2) M. Tessier, n° 49.

Voy. là-dessus MM. Toullier, t. 12, n° 423.

Zachariae, t. 3, p. 423.

Ollier, t. 1, n° 150.

Rodière et Pont, t. 1, n° 500.

cipe de droit particulier aux meubles, et résultant de la combinaison des art. 1401, § 1, et 1433.

659. Au surplus, la disposition de notre article n'est pas d'ordre public ; l'entrée en communauté de l'immeuble acquis par voie d'échange contre un bien propre, n'est pas une combinaison à laquelle il soit défendu à l'épouse de renoncer. Elle peut, en conséquence, convenir que l'immeuble ainsi reçu en échange de son propre, ne lui sera pas propre, sauf à elle à exercer son indemnité pour emploi de propres aliénés.

Une telle renonciation ne serait pas nulle comme dérogeant au contrat de mariage. La communauté reste toujours le régime des époux ; la femme ne fait qu'user, comme elle l'entend, d'une faculté qui lui appartient (1). Son action de remploi lui reste ; c'est là ce qu'il y a d'essentiel (2) ; c'est ce qui empêche de considérer sa renonciation comme contraire à l'immutabilité du contrat de mariage.

ARTICLE 1408.

L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire

(1) Cassat. req. 31 juillet 1832 (D., 32, 1, 335, 336).

(2) *Suprà*, n° 75.